

TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

***Regiane Bergami Rocha**

Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga

***Hélio Wiliam Cimini Martins Faria**

Mestrando em Direito e Regulamentação Territorial, Especialista em Direito Público, Professor | graduação e pós-graduação em Direito. Sócio fundador do Cimini Franco e Flores Advocacia.

RESUMO

Após reconhecimento, depois de muito estudo da doutrina de que o processo não poderia obedecer a teoria imanentista, ou seja, reconhecimento de seu caráter instrumental, esta pesquisa se debruça exatamente no binômio possibilidade e necessidade de efetivação do direito material por meio das tutelas provisórias de urgência, na medida que um processo longo no tempo vai de encontro com as funções do Estado e antes, fomenta a crise do Direito. Desta forma, concebe-se às tutelas provisórias um instrumento dos próprios princípios constitucionais da jurisdição e eficiência do Estado. Assim, em se tratando um Estado Democrático de Direito, a jurisdição não está pautada somente em realizar a vontade do legislador, mas de conceder a tutela ao direito material cercado de crise de efetividade. A partir disso, foi elaborado o presente trabalho, notadamente, na hipótese de que a duração do processo pode gerar prejuízos graves a uma das partes litigantes comprometendo a efetividade da tutela proporcionada pela Justiça. Nesse sentido, conclui-se pela plena aplicabilidade das tutelas provisórias de urgência visando afastar a ineficiência da prestação jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela Provisória. Inafastabilidade da Jurisdição. Procedimentos. Eficiência Processual. Razoável Duração. Evidência e Urgência.

1 INTRODUÇÃO

Os motivos para a definição do tema do presente artigo estão fundamentados primeiramente, na complexidade da matéria e, por consequência, no interessante embate entre um princípio constitucional, qual seja, da inafastabilidade da jurisdição, e a tutela provisória jurisdicional, tratada na parte geral no Código de Processo Civil de 2015.

Já vai longe o tempo em que o Estado fazia do indivíduo o meio para as suas finalidades. Obviamente que o movimento constitucional traduz limitações do poder

estatal face ao indivíduo. Porém, traz consigo o dever contratual de, nesse particular, declarar o direito material por meio do processo.

Este artigo pretende, pois, levar o leitor às considerações sobre a jurisdição, em especial em tempo de crise processual onde a tramitação do feito causa mais conflitos do que propriamente o objeto do litígio.

Para tal problema, a ciência processual trouxe consigo a sistemática das tutelas provisórias de urgência, que resumidamente se explica como uma alternativa processual contra a demora no procedimento final.

De maneira inicial, este trabalho se desenvolve acerca do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Neste tópico, em resumo, aponta-se que, embora formalmente inafastável, a jurisdição a destempo não favorece o direito material tampouco soluciona o conflito que se lhes apresenta.

Logo em seguida, aborda-se o assunto específico do estudo sobre as tutelas provisórias de urgência. De início, pontuam-se questões de ordem históricas no desejo de demonstrar que essa preocupação não é de tempos imediatos.

Por conseguinte, partiu-se de uma conceituação legal e uma interpretação doutrinária que permeia inclusive decisões judiciais. Além disso, para melhor compreensão do assunto, foi necessário um comparativo sistemático entre o Código de Processo Civil de 1973 e o Código de Processo Civil de 2015 sobre o adiantamento da jurisdição.

Além disso, será profundamente descrito no desenvolvimento desse trabalho, uma análise específica acerca da nova abordagem das tutelas provisórias previstas no Código de Processo Civil de 2015, especificando suas espécies e procedimentos. Verifica-se também que há uma intenção manifesta do legislador em considerar a tutela provisória cabível em qualquer modalidade de processo, seja de conhecimento ou de execução.

Por fim, na conclusão do trabalho – obviamente que sem esgotar a matéria até mesmo por limitações teóricas – e após colocação dos aspectos procedimentais, conclui-se que além de uma ciência, as tutelas provisórias são uma técnica processual criada para afastar a ineficiência que pode surgir de uma demora processual ou de uma cognição exaustiva.

2 O PROCESSO E A INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

2.1 O Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição

O princípio da inafastabilidade da jurisdição é assegurado de maneira expressa na ordem constitucional brasileira, desde a Constituição Federal de 1946. É também denominado como princípio do livre acesso ao Judiciário ou direito de ação, ou ainda, princípio da ubiquidade da Justiça, conforme previsto nas lições de Pontes de Miranda.

Nesse sentido, aduz o inciso XXXV do Art. 5º da Carta Magna, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Gilmar Mendes ensina que:

A constituição não exige que essa lesão ou ameaça seja proveniente do Poder Público, o que permite concluir que estão abrangidas tanto as decorrentes de ação ou omissão de organizações públicas como aquelas originadas de conflitos privados. (MENDES, 2014, p. 401)

Observa-se que a proteção judicial efetiva não ampara apenas a lesão concreta, como também qualquer lesão potencial ou ameaça a direito. Assim, restou sedimentado o entendimento do termo “direito” de forma ampla, não se restringindo como nas Constituições anteriores, ao utilizar a terminologia “direito individual”.

Nesse sentido, a Constituição de 1988, de maneira expressa e categórica, assegura a proteção de direitos, sejam públicos, privados, difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

No atual Estado Democrático de Direito, o objetivo da jurisdição não é mais visto como apenas realizar a vontade concreta da lei, mas a de prestar a tutela ao direito material envolvido em crise de efetividade. (THEODORO JÚNIOR, 2016)

A partir daí, verifica-se que o princípio da inafastabilidade da jurisdição abrange também medidas de caráter cautelar ou antecipatório destinados à tutela do direito.

Em decorrência do princípio em análise, o magistrado fica vinculado a processar e julgar as lides que lhes são opostas, garantindo o direito fundamental do acesso à justiça previsto na Constituição Federal.

Consagra-se dessa forma, segundo a doutrina clássica, a expressão “acesso à ordem jurídica justa”. Para Kazuo Watanabe “não se trata apenas de possibilitar o acesso a justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”. Assim, a prestação jurisdicional independe de provimento jurisdicional favorável ao Autor ou ao Réu. A inafastabilidade da jurisdição garante que os direitos subjetivos sejam tutelados pelo Poder Judiciário, ainda que não concretizada a lesão.

Importante ressaltar que, a garantia fundamental descrita no Art. 5º, XXXV, da Carta Magna, é uma tutela, ou seja, uma proteção ao indivíduo que se veja ameaçado ou lesado em sua esfera jurídica.

Destarte, pode-se afirmar que, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ainda que de maneira substancial, veda a recusa da jurisdição, diante de qualquer modalidade ou situação.

Humberto Theodoro Júnior leciona que:

Cabe, pois, à Justiça não apenas dar uma resposta qualquer ao demandante, nem mesmo simplesmente enquadrar formalmente o fato deduzido em juízo no enunciado legal que lhe corresponda, dentro do ordenamento jurídico positivo. O direito de ação é abstrato, no sentido de que pode ser exercido sem prévia demonstração da existência efetiva do direito material que se pretende fazer atuar. Mas a tutela jurisdicional, que só é disponibilizada a quem realmente se encontra na titularidade de um direito subjetivo lesado ou ameaçado, tem de ser efetiva e justa, dentro das perspectivas traçadas pela ordem constitucional. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 114)

Verifica-se, portanto, que a tutela jurisdicional não está adstrita somente a interpretação de enunciado de lei. É preciso que a tutela jurisdicional também esteja pautada sob o óbice dos valores, princípios e regras previstas na Constituição Federal. Assim, as peculiaridades do caso concreto deverão ser compreendidas diante da aplicabilidade dos mandamentos e garantias constitucionais.

Lado outro, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, garante o acesso ao judiciário, ainda que não esgotadas as vias administrativas. Dessa forma, em regra, não se admite a jurisdição condicionada. Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves, aduz:

O princípio também serve para confirmar a existência de coisa julgada material e decisão proferida no processo administrativo, de forma que, mesmo após o esgotamento das vias administrativas de solução de conflitos, a parte que se sentir prejudicada poderá buscar o Poder Judiciário alegando lesão a seu direito. A eventual limitação da atuação jurisdicional respeitante à discricionariedade administrativa, naturalmente não se presta a excepcionar o princípio da inafastabilidade. (NEVES, 2016, p. 33)

Ocorre que, a Lei nº 9.037 de 1996, conhecida como Lei da Arbitragem, permite a ocorrência da denominada jurisdição privada. A arbitragem possui natureza contratual, e os poderes conferidos aos árbitros decorrem de manifestação de vontade das partes e são por elas limitados. Assim, os árbitros só podem dirimir conflitos que forem expressamente submetidos a eles, por partes absolutamente capazes, restando inegavelmente limitado o seu escopo de jurisdição. Nesse sentido, destaca Nelson Nery Junior:

O que não se pode tolerar por flagrante inconstitucionalidade é a exclusão, pela lei, da apreciação de lesão a direito pelo Poder Judiciário, que não é o caso do juízo arbitral. O que se exclui pelo compromisso arbitral é o acesso à via judicial, mas não a jurisdição. Não se poderá ir à justiça estatal, mas a lide será resolvida pela justiça arbitral. Em ambas, há, por óbvio, a atividade jurisdicional. (NERY JÚNIOR, 1997, p. 238)

Cabe lembrar que, a arbitragem não é estabelecida de maneira obrigatória, mas facultativa as partes pela solução da lide por juiz privado ou estatal. Além disso, caberão as partes, ainda que vinculadas ao compromisso arbitral, o acesso ao judiciário para alegar a exceção do compromisso arbitral, assegurando-se assim, o princípio ora analisado.

Por fim, quando a Constituição garante a todos o acesso à justiça, o faz em forma de assegurar aos titulares do direito ameaçado ou lesado a chamada tutela jurisdicional. Mais adiante, serão abordadas as tutelas provisórias previstas no Código de Processo Civil de 2015, que visam por meio do processo amparar provisoriamente situações jurídicas, garantindo a efetividade do direito e o resultado útil do processo.

2.2 Constitucionalização do Processo Civil

Não obstante o Direito ser dividido em ramos autônomos, cada um com seus princípios e objetivos próprios, o ponto em comum abarca a regulamentação do convívio social. Por essa razão, ainda que autônomos os seus ramos, haverá sempre uma intercomunicação, algum traço comum e até mesmo uma dependência em certos ângulos ou assuntos (THEODORO JÚNIOR, 2016).

Em termos de Direito Processual Civil e Direito Constitucional, as relações entre essas disciplinas são estreitas. Destaca-se que a Constituição possui superior influência sobre todos os demais ramos do direito, mas em relação ao processo, que é função soberana do Estado, é na Constituição que estão localizadas as permissões e limites para o seu procedimento e desdobramentos.

A Constituição assegura o tratamento igualitário das partes do processo (art. 5º, I), a inafastabilidade da jurisdição conforme já abordado anteriormente (art. 5º, XXXV), a intangibilidade da coisa julgada (art. 5º, XXXVI), a prisão do depositário infiel (art. 5º, LXVII), os juízos de exceção (art. 5º, XXXVII), a vedação a provas ilícitas (art. 5º,

LVI), a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), o juiz natural (art. 5º, LIII), a duração razoável do processo e a celeridade processual (art. 5º, LXXVIII) entre outros.

Verifica-se no processo que o contraditório imposto pela Constituição, se traduz em ampla discussão entre as partes e o juiz em torno das situações jurídicas abordadas no processo, antes de haver julgamento pelo magistrado. Assim, o provimento judicial se manifesta após o debate ocorrido no decorrer do processo, proporcionando as partes efetiva participação no resultado da tutela jurisdicional.

Ocorre que, a tutela jurisdicional pode ser provida a parte por meio da cognição sumária, isto é, em um exame menos profundo da causa, capaz de levar o magistrado a proferir decisões baseadas em um juízo de probabilidade e não de certeza. São as chamadas tutelas provisórias, abordadas mais adiante.

Nesse sentido, o direito processual está comprometido diante da Constituição, em solucionar de forma rápida e eficiente a tutela dos direitos subjetivos lesados ou ameaçados. Entretanto, nem sempre o longo percurso do processo em relação ao procedimento comum, se revela apto a realizar seu objetivo.

O processo civil moderno precisou valer-se de determinados procedimentos para afastar a justiça tardia, bem como proporcionar ao indivíduo a jurisdição compatível com as suas necessidades. Diante destas situações, o direito processual moderno idealizou a chamada tutela jurisdicional diferenciada, conhecida como tutela provisória.

O código de processo civil de 2015 inovou dentro do livro sobre a tutela provisória, classificando-as em três títulos distintos. A primeira denominada tutela cautelar, que visa eliminar o perigo de dano. A tutela satisfativa, que permite ao sujeito antes do julgamento definitivo, obter provisoriamente o direito pleiteado, e, por fim, a tutela de evidência, amparada em comprovação suficiente do direito material, que assegura provisoriamente os efeitos da futura sentença de mérito.

Nessa esteira, fez-se necessário ao direito processual civil, diante das diversas situações de litígio, aplicar a tutela adequada ao caso concreto e assim, afastar os prejuízos que poderiam ser causados pela espera da duração do processo.

Conforme ficará abordado em seguida, as tutelas provisórias são técnicas de incidentes processuais, destinadas a combater os riscos de injustiça ou de dano de direitos subjetivos que merecem a tutela do Poder Judiciário.

3 TUTELA PROVISÓRIA

3.1 Comparativo e abordagem no Código de Processo Civil de 1973

Inicialmente, é indispensável o estudo em relação a alguns aspectos históricos acerca do instituto da tutela provisória dentro do Código de Processo Civil de 1973.

Pois bem. Para efeito de estudo da antecipação da tutela, é fundamental, desde logo, ser transcrito o conceito desse instituto. Entende-se que a antecipação da tutela consiste na possibilidade de o Juiz antecipar os efeitos da sentença, para uma fase do processo anterior àquela em que normalmente tais efeitos seriam produzidos. (GONÇALVES, 2012)

A tutela antecipatória, prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil revogado, era do seguinte teor:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (BRASIL, 1973)

No mesmo sentido, em relação às obrigações de fazer e não fazer, o Código de Processo Civil revogado aduzia em seu Art. 461 que: “Na ação que tenha por objeto

o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento” (BRASIL, 1973).

Ademais, acrescentou o legislador no paragrafo §3º do mesmo dispositivo o seguinte:

Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (BRASIL, 1973)

Portanto, o Código de 1973, generalizou a possibilidade de antecipação de tutela, em todos os processos de conhecimento, para o qual não havia previsão de concessão de liminares específicas, desde que preenchidos os requisitos genéricos descritos no artigo 273 e 461 do referido Código.

Dessa forma, o referido Código, previa além do artigo 273, uma espécie de tutela obrigacional, que era pautada na exigência do cumprimento da obrigação, quando verificado o seu inadimplemento, seja ele absoluto ou relativo.

Contudo, a tutela obrigacional se manifestava de diversas formas. Por exemplo, nas Ações de Execução, fundadas em título executivo. Pela via da Ação Monitoria, consubstanciada em prova escrita, e, ainda em outras ações de processo de conhecimento, tais como Ação de Cobrança, Ação de Entrega de Coisa, Ação de Cumprimento da Obrigação de Fazer e Não Fazer.

De fato, o Código de Processo Civil de 1973 distinguia modalidades de tutela provisória em diferentes locais. Lado outro, o Código de Processo Civil de 2015 definitivamente unificou a tutela provisória em seu artigo 294, no qual definiu: “A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência”, assim podendo ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Frisa-se que, dentro do bojo do Código de Processo Civil revogado, além da previsão dentro do Livro I, referente às tutelas antecipadas, destacam-se no Livro III

as disposições gerais acerca das medidas cautelares e seus procedimentos especiais específicos, o que não ocorreu no atual Código, ao unificá-las.

Para diferenciar a tutela antecipada e a medida cautelar dentro da legislação processual, basta que seja analisado o pedido e a liminar pleiteada. Dessa forma, se o pedido principal é igual ao pedido liminar, estaremos diante de uma tutela antecipada. Todavia, se o pedido principal é diferente do pedido liminar a medida aplicável será uma cautelar.

Anteriormente, no Código revogado, os requisitos para concessão da tutela antecipada compreendiam a prova inequívoca, a verossimilhança da alegação, o risco de dano irreparável, bem como a reversibilidade. Atualmente, no Código em vigor, as tutelas provisórias baseiam-se em perigo ou urgência, sendo antecipada ou cautelar, e de evidência, sem exigência da comprovação do *periculum in mora*.

Por oportuno, o Código de Processo Civil de 2015, optou pela manutenção da previsão de fungibilidade entre as tutelas cautelares e antecipadas, conforme previsto na legislação anterior. Nesse sentido, pela realidade de haver uma dificuldade ou dúvidas objetivas para o magistrado em identificar qual a medida cabível, aliado ao risco de prejuízo para o Requerente, a fungibilidade entre as tutelas é a medida mais adequada. Assim, poderá ocorrer a substituição de uma modalidade pela outra, tendo em vista que a falta dessa poderia acarretar prejuízo ao demandante.

Assim, em seu caráter histórico, a tutela de urgência também era abordada como providência de natureza mandamental, que se efetivava mediante execução “*lato sensu*”, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou seus efeitos (NERY JUNIOR; NERY, 2006).

Ressalta-se que a tutela provisória, em relação à legislação processual, sempre teve como limite o pedido. Assim, não se pode conceder ao Requerente, a título de tutela antecipada, mais do que obteria se vencedor na totalidade da pretensão pleiteada.

Em princípio, no Código de 1973, muito se falava em antecipação de tutela dentro do processo de conhecimento. Ocorre que, apesar de não ser comum o seu tratamento dentro do processo de execução, era de maneira excepcional o seu cabimento nesse procedimento, nas hipóteses em que o magistrado anteciparia a tutela satisfativa. Por exemplo, no arresto ou na expropriação de bens, em casos de urgência, quando houvesse perigo de prejuízo irreparável.

Ainda, em relação a questões procedimentais, a tutela antecipada no Código revogado era requerida apenas na petição inicial ou em outras fases ao longo do processo, com a exposição dos fatos e do direito, podendo o juiz concedê-la, sem ouvir a parte contrária. Contudo, houve uma inovação do Código posterior, permitindo pelo seu artigo 303, a possibilidade da limitação da petição inicial apenas ao requerimento da tutela antecipada, com a indicação do pedido da tutela final, expondo a lide e o direito que se pleiteia.

Enfim, conclui-se que com a antecipação dos efeitos da tutela, ainda que nas duas legislações processuais cíveis, o Requerente consegue obter uma consequência jurídica do processo que, em regra, só seria concedida muito mais tarde na relação processual.

3.2 Considerações iniciais

O Livro V inserido na Parte Geral do Código de Processo Civil de 2015 é destinado às disposições acerca do instituto da Tutela Provisória, prevista em seu artigo 294 e seguintes.

É sabido que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe mudanças nas tutelas provisórias, tanto no procedimento como nos efeitos da tutela após sua concessão.

Inicialmente, destaca-se que o referido Código divide a tutela provisória em tutela provisória de urgência, sendo cautelar e antecipada, e da evidência, conforme ficará abordado mais adiante.

Conforme relata Humberto Theodoro Junior (2016), no campo das tutelas de urgência, sejam cautelares ou satisfativas, é fácil compreender a unidade funcional que há entre elas, pois, ambas se fundam na aparência do bom direito e seu objetivo é combater o perigo de dano que a duração do processo possa criar para o demandante. Ocorre que, em relação à tutela de evidência o objetivo é diverso, justificando-se pela extrema densidade da prova da existência do direito para o qual se procura tutela liminar. Dessa forma, o *periculum in mora* não se apresenta como requisito.

Nessa perspectiva, a relação entre as tutelas de urgência e tutela de evidência, destaca-se apenas no tocante ao *fumus boni iuris*.

Vale ressaltar que o Código, apesar de não possuir uma sistematização legal entre as espécies de tutela de urgência e de evidência, a primeira vista consegue estabelecer uma uniformidade procedimental entre elas (COSTA, 2011). Nesse sentido, o que varia na aplicabilidade prática das tutelas sumárias, é no dizer de Costa, a densidade maior ou menor com que ora se manifesta o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

A concessão da tutela provisória pelo magistrado independe de todos os elementos de convicção a respeito da lide, ou seja, poderá ele se valer da cognição sumária para o seu deferimento. A tutela também poderá ser concedida ao final, ainda que de forma excepcional, quando o magistrado a concede por meio da sentença. Desta maneira, a tutela provisória, configura-se em um juízo de probabilidade. Assim, não se pode afirmar que há certamente a existência de um direito da parte, mas uma aparência de que esse direito possa ser real.

A jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais é clara no seguinte sentido:

EMENTA: EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CAUTELAR - TUTELA ANTECIPADA - ART. 300 CPC/15 - REQUISITOS - AUSÊNCIA.
1. Para a concessão da tutela provisória de urgência de forma antecipada, consoante dicção do art. 300 do CPC/15, imprescindível a presença de elementos que demonstrem a probabilidade do direito invocado pelo autor, bem como perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. (TJMG.

A forma de concessão formaliza-se por uma decisão interlocutória proferida pelo magistrado na demanda, ainda que liminar ou incidentalmente. Essa decisão pode ser atacada pela via do recurso de Agravo de Instrumento ao tribunal respectivamente superior.

O fato da tutela provisória de urgência ser provisória remete ao fato de que há um tempo predeterminado em relação à duração dos seus efeitos, não sendo, pois, uma tutela eterna e imutável. Assim, poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, conforme disposição do art. 296, parte final, do Código de Processo Civil de 2015.

Nesse sentido, a tutela provisória poderá ser revogada ou modificada em virtude de possíveis surgimentos de novas provas ou elementos que não foram considerados ao tempo da decisão que a concedeu, o que é plenamente possível, vez que no curso do processo a tendência é de se aprofundar na cognição, capaz de permitir ao magistrado decisões fundamentadas em juízos de certeza.

Nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves:

Registre-se que, apesar de serem provisórias, nenhuma das tutelas de urgência é temporária. Temporário também tem um tempo de duração predeterminado, não durando eternamente, mas, ao contrario da tutela provisória, não é substituída pela tutela definitiva: simplesmente deixa de existir, nada vindo tomar seu lugar. (NEVES, 2016, p. 412)

Ainda de maneira inicial, também é importante destacar que o termo “liminar” é por vezes utilizado de maneira equivocada. A origem do termo indica que pode se fazer algo inicialmente, logo no inicio. Nesse sentido, significa que certos atos processuais podem ser praticados *inaudita altera parte*, ou seja, antes da citação da parte Requerida.

Para Dinamarco (2000), a tutela antecipada é a generalização das liminares. Assim sendo, verificada expressa previsão de liminar no procedimento adotado, deve a parte valer-se-á de seu requerimento, inclusive comprovando os requisitos

específicos para o seu deferimento. Lado outro, notadamente, não havendo previsão, deverá a parte requerer a tutela antecipada, daí sua generalidade. Em suma, caberá concessão de tutela antecipada quando não houver previsão expressa de liminar no procedimento especial.

Todavia, em se tratando de tutela de evidência, será possível a sua concessão, ainda que prevista liminar no procedimento utilizado. Assim, é possível que a parte não preencha os requisitos necessários a liminar pleiteada, por exemplo, o *periculum in mora*, mas será possível nesse caso pleitear a tutela de evidência, ainda que ausente este requisito.

A previsão do Art. 300, §2º do Código de Processo Civil de 2015, estabelece que a tutela de urgência possa ser concedida liminarmente ou após audiência de justificação prévia. Não há dúvidas de que nesse sentido, o legislador utilizou do termo liminar para designar o momento de concessão da tutela cautelar liminar e tutela antecipada liminar.

Destarte, o Código de Processo de Civil de 2015 aclarou a questão da “liminar” nas tutelas provisórias. Contudo, a legislação extravagante, em seus procedimentos especiais, ainda prevê a liminar como forma de tutela de urgência satisfativa.

Frisa-se que o mesmo diploma legal, destinou disposições gerais acerca da tutela provisória, cabíveis tanto nas tutelas provisórias de urgência como na tutela provisória de evidência. Nesse caso, somente com previsão expressa na lei, normas de disposições gerais poderão deixar de ser aplicável a alguma espécie de tutela provisória.

Adiante, serão tratadas as espécies de tutelas de urgência e de evidência de maneira isolada, dispondo sobre os seus conceitos e procedimentos, a fim de destacar a sua importância no ordenamento jurídico, frente à aplicabilidade do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

3.3 Tutela Provisória de Urgência Antecipada

Como já abordado anteriormente, uma das espécies de tutela provisória prevista no Código de Processo Civil de 2015, é a tutela provisória de urgência antecipada, também denominada tutela de urgência satisfativa.

Na lição de Alexandre Freitas Câmara (2016):

A tutela de urgência satisfativa se destina a permitir a imediata realização prática do direito alegado pelo demandante, revelando-se adequada em casos nos quais se afigure presente uma situação de perigo iminente para o próprio direito substancial (perigo de morosidade). (CÂMARA, 2016. p 156)

Neste quadrante, diante da análise supra, é de se observar que há casos concretos que exigem uma satisfação provisória da pretensão do demandante. Vejamos, por exemplo, no caso de um sujeito pleitear a fixação de prestação alimentícia, no qual a demora processual poderá acarretar sérios prejuízos de sua subsistência. Nesse caso, vislumbra-se a necessidade de mecanismos que possam viabilizar a concessão do pedido de maneira provisória, a fim de garantir o resultado útil do próprio pedido principal da lide.

Portanto, não restam dúvidas acerca da aplicabilidade da tutela antecipada no procedimento comum previsto pelo Código de Processo Civil de 2015.

Ocorre que, quanto aos procedimentos especiais, que possuem previsão de liminar específica, nesse caso, a liminar exercerá a própria função de tutela de urgência satisfativa. Assim deve-se analisar se há diferenças entre os requisitos da liminar e da tutela antecipada à luz do pedido e da condição apresentada pelo demandante.

Daí verifica-se a necessidade da aplicabilidade concreta do princípio da fungibilidade. Digamos que o Autor faça o requerimento de tutela antecipada, em caso em que há previsão específica de liminar, porque não preencheu os requisitos dessa. Ora, ainda que em razão desse equívoco, deverá o Juiz decidir normalmente pelo pedido, admitindo-o como pedido liminar.

Da mesma forma, tendo em vista sua compatibilidade, é possível a concessão da tutela antecipada nos procedimentos sumaríssimos, aqueles previstos na Lei 9.099/95 dos Juizados Especiais Estaduais e na Lei 10.259/2001 dos Juizados Especiais Federais.

Com efeito, há um aspecto acerca da tutela antecipada que a doutrina trata como negativo, qual seja a sua irreversibilidade. É o que se extrai do artigo 300, §3º do Código de Processo Civil de 2015 ao dizer que não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Nesse sentido, para José Roberto dos Santos Bedaque (2001) o ordenamento tem nobre preocupação com o direito do contraditório e a ampla defesa, servindo como salvaguarda do direito à segurança jurídica do réu.

Na realidade, o referido dispositivo, traduz como essencial ao acesso a ordem jurídica justa. Também, em razão dessa grande limitação imposta, sua aplicação prática ainda tem pouca relevância na ordem jurídica. Assim, os efeitos práticos gerados pela decisão de antecipação de tutela é que são limitados em razão dessa irreversibilidade, e não o pronunciamento do Juiz, uma vez que é cabível recurso e a prolação de outra decisão que poderá substituí-la.

Assim, pode se dizer que a irreversibilidade da tutela antecipada não é jurídica e sim fática, tendo em vista a capacidade de retorno ao *status quo ante*, caso ocorra à revogação da tutela antecipada.

Entretanto, há casos que a tutela antecipada é faticamente irreversível e o Juiz poderá de maneira excepcional conceda-la. Vejamos, por exemplo, no caso que discute a saúde do Requerente, como a liberação de medicamentos, procedimentos cirúrgicos, internação imediata, entre outros. Nessa via, a concessão, não é pelo simples fato relacionado à sobrevivência do Requerente, é porque, posteriormente, o Plano de Saúde ou Hospital poderão cobrar o valor do procedimento na hipótese de revogação da referida tutela antecipada, convertendo-se em perdas e danos.

No que concerne à legitimação para o pedido de tutela antecipada em caráter antecedente, é natural que o único legitimado nesse caso, seja o demandante do pedido principal. O mesmo se pode afirmar em relação ao pedido pleiteado de forma incidental.

Todavia, observa-se que, no pedido de tutela antecipada formulada durante o processo principal, apesar da legitimação do demandante ser óbvia, não resta dúvidas acerca da legitimação do Réu a partir do momento que este assume uma posição ativa na demanda. Vejamos, ao fazer um pedido contraposto, o Réu passa a ser Autor na pretensão. Também é indubitável que o Réu em Ação Dúplice possa requerer a concessão da tutela antecipada (Teori Albino Zavascki, 2005). Portanto, cabível seu requerimento nas referidas hipóteses.

Além disso, no tocante a intervenção de terceiros, aplicam-se as mesmas considerações anteriormente abordadas, vez que o denunciado à lide e o chamado ao processo são Réus. Apenas na assistência simples, destaca-se uma especialidade. Apesar de o assistente possuir legitimidade para pleitear tutela antecipada em favor do assistido, essa apenas será analisada se o assistido manifestar de maneira expressa pela concordância, pois a sua falta poderá ensejar a não apreciação do pedido pela falta de interesse jurídico do assistente.

Em outro viés, é a legitimação do Ministério Público que atua como fiscal da lei para pleitear a concessão da tutela antecipada. Nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves (2016):

Apesar da corrente majoritária defender o contrário, entendo pela impossibilidade, porque, como já tive oportunidade de defender, a tutela antecipada depende, ao menos em regra, de pedido da parte interessada. Sendo o Ministério Público fiscal da ordem jurídica, fiscalizar a boa aplicação dos dispositivos legais referentes à matéria é deixar à parte interessada o pedido de concessão de tutela antecipada. Naturalmente que isso não impede que o promotor simplesmente peticione afirmando a que a parte tem direito à tutela antecipada, expondo suas razões, o que muito provavelmente levará o patrono da parte a requerer a sua concessão (NEVES, 2016, p. 447).

Além disso, faremos uma abordagem acerca da tutela antecipada requerida em caráter incidental. A melhor doutrina relata que esta pode ser concedida a qualquer

momento do processo, seja no início, até o final. Aduz o artigo 295 do Código de Processo Civil de 2015, que a tutela antecipada incidental independe do pagamento de custas processuais.

Assim, o requerimento incidental não se submete a qualquer formalidade, podendo ser requerida por meio de uma simples petição nos autos ou mesmo com a propositura da demanda, não havendo necessidade de sua autuação apartada.

Contudo, o requerimento de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, necessita de se submeter às normas específicas, já que formulada em momento anterior a demanda principal e impõe ao demandante o seu aditamento, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito. Assim, estabelece o Código de Processo Civil de 2015, em seus artigos 303 e seguintes, conforme será abordado mais adiante dentro das questões procedimentais referentes as tutelas provisórias.

3.4 A estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipada

O Código de Processo Civil de 2015 introduziu ao ordenamento processual a maior e mais relevante novidade quanto à abordagem da tutela provisória: a estabilização da tutela de urgência antecedente.

Tratando-se de considerável novidade no sistema, ainda que guarde semelhança com fenômenos diferentes já existentes em outros países, o instituto da estabilização traz uma série de questionamentos que precisam ser enfrentados.

Assim, admite-se que se estabilize e sobreviva a tutela de urgência satisfativa, requerida em caráter antecedente ao pedido principal, como decisão judicial hábil a regular a crise de direito material, mesmo após a extinção do processo antecedente e sem o sequenciamento para o processo principal ou de cognição plena (THEODORO JÚNIOR, 2016).

Importante frisar que, das três espécies de tutela provisória, somente a tutela antecipada foi contemplada na fórmula legal de estabilização consagrada no artigo 304 do Código de 2015. Nesse sentido, ao menos pela literalidade da norma, a regra não se aplica a tutela cautelar e à tutela de evidência. Lado outro, o dispositivo legal também descarta a possibilidade da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter incidental.

De fato, foi acertada a opção do legislador em não ter incluído a tutela cautelar na regra da estabilização, vez que essa espécie de tutela provisória tem natureza meramente conservativa. Afinal, a concessão de uma medida cautelar não torna o direito da parte satisfeito, assim não há sentido em falar-se de sua estabilização.

O mesmo não se pode dizer da tutela de evidência. Nesse tocante, parece o legislador ter expressado menos do que deveria, tendo em vista que as mesmas razões que o levaram a criar a estabilização da tutela antecipada indiscutivelmente aplicam-se à tutela evidência.

Contudo, para que a estabilização da tutela antecipada efetivamente ocorra, deverá o Requerente expressamente manifestar que pretende se valer do benefício do artigo 303, caput, do referido Código.

Dessa forma, dispõe o artigo 304 pelo instituto da estabilidade da tutela provisória, vejamos: “A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso” (BRASIL, 2015). Completa ainda, o §1º do mesmo dispositivo que, nesse caso, o processo será extinto e a tutela de urgência continuará a produzir seus efeitos concretos.

Considerando que essa decisão é antecipatória, não será revestida da coisa julgada, ou seja, não se opera a coisa julgada material que a tornaria imutável e indiscutível, com forma vinculante a todos os juízes.

Percebe-se que a opção pela não ocorrência da coisa julgada é lógica e faz sentido. Ora, não se poderia conceder a um processo baseado em cognição sumária, a mesma dignidade processual que se confere a um processo de cognição plena.

Em se tratando de tutela antecipada parcial, entende Fredie Didier Junior (2007) que:

É possível que no caso concreto haja concessão parcial de tutela antecipada de forma antecedente, seja porque foi nesse sentido pleiteado pelo autor, seja porque, apesar de um pedido total de concessão de tutela antecipada houve acolhimento parcial do pedido. (DIDIER JUNIOR, 2007, p. 608)

Ocorre que, a doutrina majoritária aponta que não teria sentido a estabilidade da tutela antecipada parcial por dois motivos. Primeiramente, seria gerada uma indesejável confusão procedimental com parcela do pedido estabilizado e outra parcela a ser decidida via cognição exauriente. Segundo, porque, por uma questão de economia processual, tendo prosseguimento o processo em razão da parcela de mérito não concedida, não há sentido deixar de decidir ao final, com juízo de certeza, a parcela do mérito que já foi objeto da tutela antecipada.

Em termos de estabilização, essa não ocorrerá, segundo prescreve o artigo 304, caput do Código de Processo Civil de 2015, na hipótese de interposição de recurso pelo Réu, que embora não esteja previsto no mesmo dispositivo, é cabível o recurso de Agravo de Instrumento.

Nessa via, o legislador foi infeliz ao prever expressamente apenas recurso como forma de atacar a decisão interlocutória. Poderia ter se falado em qualquer espécie de resistência, inclusive meramente incidental nos próprios autos, como em forma de impugnação. Se o ordenamento processual tinha como objetivo diminuir o número de recursos, a interpretação literal do referido dispositivo conspira claramente contra esse intento.

Entretanto, há um entendimento mais amplo admitindo que qualquer forma de manifestação de inconformismo do Réu, ainda que não seja voltado à impugnação da decisão concessiva de tutela antecipada antecedente, é o suficiente para se afastar a estabilização prevista no artigo 304 do Código de 2015, mas ainda não está sedimentado na jurisprudência.

Observa-se que, havendo a interposição do recurso pelo Réu, estará de plano afastada a estabilização da tutela antecipada concedida de forma antecedente, independentemente do provimento do recurso. Há entendimento que aponta que apenas na hipótese de recurso intempestivo a estabilização não será afastada.

Ademais, o recurso interposto por assistente simples do Réu também impede a estabilização da tutela antecipada, salvo se o Réu expressamente se manifestar no sentido de que prefere a estabilização (FPPC, enunciado 501).

No entanto, questiona-se qual o motivo levaria o Réu a passivamente admitir a estabilização da tutela antecipada, uma vez que basta o recurso ou se insurgir contra a decisão concessiva da tutela antecipada.

Importante destacar que, será inaplicável o disposto no artigo 304, caput do Código de Processo Civil de 2015, se o Autor expressar sua vontade de que pretende, além do deferimento da tutela antecipada, o pronunciamento do Juiz fundado em cognição exauriente, capaz de gerar coisa julgada material. Contrariar a vontade do Autor nesse sentido seria negar-lhe o exercício pleno de seu direito de acesso ao judiciário, em manifesta violação ao princípio discutido no presente trabalho, qual seja a inafastabilidade da jurisdição expressa no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, já abordado anteriormente.

Destarte, assevera Daniel Amorim Assumpção Neves (2016): “tanto a vontade do Autor como do Réu são capazes de, isoladamente, afastar a aplicação do artigo 304 do Novo CPC”.

Numa análise clara dos termos do artigo 304, §1º da legislação processual, preenchidos os requisitos para estabilização da tutela antecipada o processo será extinto pelo Juiz por meio de sentença. No entanto, não se confunde a decisão que concede a tutela antecipada, com a sentença que, depois dela, extingue o processo. A sentença limita-se a extinguir o processo, não se valendo de acolhimento ou rejeição do pedido, sendo, pois, uma sentença meramente terminativa.

Uma vez extinto o processo, é lícito as partes, em um prazo decadencial de 2 (dois) anos, a contar da decisão que extinguiu o processo, interpor, se for caso, a demanda principal para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, conforme previsto nos §§3º e 5º, do artigo 304 da legislação processual.

Assim, só no caso de vir a ser proposta esta demanda é que será possível a revogação dos efeitos da tutela antecipada estável. Este novo processo deverá tramitar perante o mesmo juízo em que se desenvolveu o processo no qual fora proferida a decisão da tutela antecipada que se estabilizou, o qual terá competência funcional para conhecer da demanda de desconstituição da tutela antecipada estável.

Logo, após o prazo decadencial de dois anos, qualquer tentativa de discutir em juízo questão resolvida na decisão estabilizada, esbarrará na barreira intransponível, não da *res iudicata*, mas da decadência, como acontece com qualquer direito extinto por ultrapassagem do prazo fata de exercício. (THEODORO JÚNIOR, 2016)

Por fim, no tocante a Ação Rescisória, conforme orienta o enunciado 33 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, como não há formação de coisa julgada, não se admite em hipótese alguma a referida ação como mecanismo de impugnação da decisão que tenha declarado estabilizada a tutela antecipada.

3.5 Tutela Provisória de Urgência Cautelar

Inicialmente, destaca-se que o Código de Processo Civil de 2015 eliminou as cautelares nominadas. De certa forma, esta eliminação, já era uma tendência no ordenamento jurídico brasileiro, vez que não se justificava a manutenção dos procedimentos cautelares típicos, já que o judiciário tem maior liberdade em termos de jurisdição.

A propósito:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C INDENIZAÇÃO - LIMINAR (TUTELA PROVISÓRIADE URGÊNCIA) - BLOQUEIO DE VALORES - PODER GERAL DE CAUTELA - FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. O Juiz não está limitado a providências cautelares nominadas, sendo autorizado o deferimento de qualquer medida idônea apta a resguardar direito da parte (art. 798 do antigo CPC/1973, correspondente ao art. 301 do NCPC/2015), sendo possível o bloqueio de bens ou direitos do devedor, mesmo quando não presentes os requisitos específicos outrora previstos no antigo CPC/1973 para o arresto (artigos 813 e 814), se restar justificada a medida pela verossimilhança/plausibilidade do alegado direito e pelo perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo (art. 273 do antigo CPC/1973, correspondente ao art. 300 do NCPC/2015). (TJMG. Agravo de Instrumento-Cv 1.0035.15.017371-0/001, Des.(a) José Augusto Lourenço dos Santos, D.J.U. 13/10/2016) (grifo nosso).

Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2016), a tutela cautelar não se confunde com a medida cautelar abordada no código de 1973. Nesse sentido, a tutela cautelar no novo ordenamento, visa assegurar o resultado útil do processo, como, por exemplo, no caso em que a medida visa à realização de obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida.

Tradicionalmente, a tutela cautelar foi mecanismo criado para afastar ou minorar os riscos decorrentes da demora do processo. Mais tarde, com a nova legislação processual, a ela veio se juntar a tutela antecipada, que também pode ser de urgência, conforme abordado anteriormente.

No entanto, a forma pela qual a tutela cautelar obtém o resultado almejado é diferente. Vejamos o entendimento de Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2012):

[...] A tutela antecipada se caracteriza pela antecipação dos efeitos da sentença, de modo que o autor obtenha, antes, aquilo que só obterá ao final. O que a caracteriza é a aptidão para satisfazer, no todo ou em parte, a pretensão do autor, havendo correlação entre aquilo que foi pedido, e o que é objeto da antecipação. Há, pois, uma coincidência entre a pretensão formulada e o que é antecipado. [...] A tutela cautelar não satisfaz, no todo ou em parte, a pretensão do autor. O Juiz não concede já o que só seria deferido ao final, mas determina providências de resguardo, proteção e preservação dos direitos em litígio. (GONÇALVES, 2012, p. 702).

De fato, o Código de Processo Civil de 2015 aboliu a ação cautelar, onde havia uma previsão de dualidade processual. Assim, atualmente, tanto a tutela conservativa como a satisfativa são tratadas, em regra, como objeto de mero incidente processual, que pode ser suscitado na petição inicial ou em petição simples.

Assim, não resta dúvida acerca da extinção do processo cautelar incidental, tanto que nos termos do artigo 308, §1º do referido Código, expressamente dispõe que o pedido principal seja formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar. Sendo possível essa cumulação inicial dos dois pedidos, também se admite a cumulação superveniente, com a elaboração do pedido principal para dar início ao processo e o pedido cautelar elaborado durante o andamento do processo (NEVES, 2016).

No entanto, não se pode dizer o mesmo do processo cautelar antecedente. Ainda que a legislação processual admita uma conversão do pedido cautelar antecedente em processo principal, a realidade é que há casos em que o processo que veicula o pedido cautelar terá sua extinção, sem qualquer conversão em processo principal.

O procedimento cautelar não se confunde com o procedimento comum do Código de 2015. O que ocorre é um procedimento diferenciado até a contestação do pedido, tendo como diferença o fato de o Réu não ser intimado para comparecer a audiência de conciliação e mediação, e sim para efetivamente contestar o pedido do Autor em cinco dias, indicando seu pedido de provas sob pena de incorrer em revelia. Vale ressaltar que, não há estabilização para a tutela cautelar e seu procedimento prático será abordado mais adiante.

Em relação à concessão da tutela provisória de urgência cautelar, esta ocorre mediante cognição sumária. Assim, será observada apenas uma mera probabilidade de o direito material existir. Trata-se da exigência do requisito do *fumus boni iuris*, que para uma parcela da doutrina clássica, aponta-se que o Juiz deve conceder a tutela cautelar fundada na simples probabilidade, ainda que não constatado um juízo de certeza.

Nesse sentido, é indiscutível que a urgência que se funda a cautelar é incompatível com a cognição exauriente, que normalmente demanda um tempo para se desenvolver e atingir fundamento baseado em juízo de certeza para o magistrado.

Observa-se que a tutela provisória de urgência cautelar pode ser concedida mediante duas técnicas de cognição sumária. Primeiro em sede liminar, antes da oitiva do Réu ou, em sentença, após o cumprimento do contraditório tradicional.

Tendo em vista o princípio da instrumentalidade no direito processual civil, o processo cautelar terá sua função ligada a outro processo, denominado principal, no qual procurará na prática resguardar a utilidade deste.

O próprio nome do instituto – cautelar – expressa de maneira clara a ideia de que essa espécie de tutela presta-se a garantir, amparar, acautelar, alguma coisa, que é, conforme abordado anteriormente, justamente o resultado final do processo principal, seja esse de conhecimento ou de execução.

O que se pretende destacar dentro da tutela provisória de urgência cautelar é que nem sempre existirá um processo principal, sendo possível a ideia de que, diante da concessão da tutela cautelar, o Réu possa simplesmente cumprir sua obrigação, de modo a satisfazer completamente o pedido da parte que o requereu.

Destarte, pode se dizer que a tutela cautelar é ampla, geral e irrestrita. Nesse sentido, deve a parte que dela necessite apenas demonstrar o preenchimento do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para recebê-la, portanto, são os mesmos requisitos previstos para a concessão da tutela provisória de urgência antecedente.

Enfim, significa dizer que, tendo em vista o poder jurisdicional, a tutela cautelar deve ser entendida como a proteção jurisdicional prestada pelo Estado para afastar o perigo da ineficácia do resultado prático e final da pretensão de quem a requereu, funcionando como aspecto concreto da promessa constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional (Art. 5º, XXXV da Constituição Federal).

3.6 Tutela Provisória de Evidência

Lado outro do que foi abordado até aqui, faremos uma análise acerca do instituto da tutela provisória de evidência, prevista expressamente em um capítulo próprio, ainda que contendo um único artigo do Código de Processo Civil de 2015, vejamos:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente. (BRASIL, 2015)

Alexandre Freitas Câmara (2016) conceitua que a tutela da evidência possui natureza satisfativa, cuja concessão prescinde do requisito da urgência. Trata-se, então, de uma tutela antecipada não urgente, isto é, de uma medida destinada a antecipar o próprio resultado prático final do processo, satisfazendo-se na prática o direito do Autor, independentemente do requisito do *periculum in mora*.

Nesse sentido, verifica-se que a tutela de evidência configura-se em uma técnica de aceleração do resultado do processo, criada para casos em que se afigura evidente, e com grande probabilidade, de existir o direito material.

Destaca-se que, o referido artigo citado, consagra expressamente o entendimento ao dizer que a tutela de evidência independe da demonstração do *periculum in mora*, em diferenciação clara e indiscutível em relação às tutelas de urgência anteriormente abordadas.

Conforme prevê o artigo 311 do Código de 2015, há um rol de quatro hipóteses em que poderá ser concedida a tutela da evidência. Em todos esses casos, portanto, será possível a sua concessão, ainda que de maneira provisória ao demandante, o bem jurídico que ele almeja obter com o resultado final do processo, satisfazendo-se antecipadamente sua pretensão. Nesse sentido, faremos uma abordagem, ainda que sintetizada, das quatro hipóteses de deferimento da tutela de evidência.

Pois bem, a primeira hipótese de cabimento é a caracterização do abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do Réu. Trata-se, aqui, da previsão de uma tutela provisória sancionatória, por força da qual a aceleração do resultado do processo se apresenta como uma sanção imposta aquele demandando que exerce seu direito de defesa de forma abusiva, com único intuito de protelar o andamento do processo.

Essa técnica de antecipação da tutela é perfeitamente compatível com o princípio constitucional da duração razoável do processo, expressa no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição da República.

Entende a melhor doutrina que o manifesto propósito protelatório é mais amplo que o abuso do direito de defesa. Nesse sentido, a forma mais adequada de interpretar o dispositivo legal é considerar que o abuso de direito de defesa representa atos protelatórios praticados no processo, enquanto no manifesto propósito protelatório do Réu há um determinado comportamento, sejam de atos ou omissões, fora do processo, com ele relacionados.

São vários os atos praticados que poderão configurar abuso do direito de defesa exigido pela tutela sancionatória, como por exemplo, atos tipificados na legislação processual como de litigância de má-fé. Quanto ao ato praticado com manifesto propósito protelatório, esse pode ser praticado fora da relação processual, evidentemente, gerando consequências processuais.

A segunda hipótese de cabimento trata-se do fato provável e tese jurídica pacificada nos tribunais superiores. Assim, foi criada uma nova hipótese de tutela da evidência, inexistente na revogada legislação processual cível de 1973.

Nesse sentido, quando verificado que as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas pelo meio de prova documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos – sem a necessidade de trânsito em julgado – ou em súmula vinculante, estará caracterizada a hipótese prevista no inciso II, do artigo 311 do Código de 2015, para o deferimento da tutela de evidência.

Registre-se que, deverá estar evidenciada a necessidade de probabilidade da existência do direito do Autor, elemento essencial da tutela de evidência. Nesse caso, o legislador foi criterioso ao exigir tanto a prova documental para a comprovação dos fatos, bem como a tese jurídica já ser firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Ocorre que, a hipótese prevista no dispositivo legal ora comentado, não é suficiente para a concessão de tutela definitiva, vez que as alegações de fato podem se mostrar falsas durante ou no encerramento da instrução probatória e o Réu poderá se defender juridicamente alegando a distinção do caso em análise da tese jurídica de casos repetitivos ou em súmula vinculante. (NEVES, 2016)

Além disso, há terceira hipótese de deferimento da tutela de evidência, qual seja a prova documental em ação reipersecutória, prevista no inciso III do artigo 311 do Código de 2015.

Nesse quadrante, quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa pelo magistrado.

A prova documental carreada aos autos, mais uma vez, consistirá na probabilidade da existência do direito do Autor. Nesse caso, de forma mais específica, a espécie de pedido (reipersecutório) e ao tipo de documento (contrato de depósito), não sendo, necessariamente o contrato de depósito formalizado, mas pelo menos, uma prova escrita que demonstre a relação jurídica material de depósito.

A previsão da *astreintes*, nesse caso, é um tanto quanto desnecessária, uma vez que toda tutela obrigacional possui essa previsão como forma de cumprimento forçado do Réu.

Por fim, ultima hipótese de cabimento para concessão da tutela de evidência, é a prevista como prova documental, sem prova do Réu capaz de gerar dúvida razoável ao Juiz.

Pode-se dizer que, se a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do Autor, a que o Réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável, poderá o Juiz conceder a tutela provisória da evidência.

Essa hipótese está condicionada a inexistência de cognição exauriente, pois sendo possível ao Juiz fundar-se em juízo de certeza, seria o caso de julgamento antecipado do mérito, ainda que parcial, a depender do caso concreto.

Dessa forma, ainda que o dispositivo legal aponte para o deferimento da tutela de evidência após a defesa do Réu, a melhor doutrina entende que o deferimento não se exaure apenas nesse momento procedimental. Se, posteriormente na instrução probatória foi produzida prova de outra natureza que não a documental, e a parte contrária não consiga produzir prova que gere dúvida razoável, o Juiz deverá conceder a tutela da evidência.

Destarte, a tutela provisória de evidência, é sempre incidental ao processo em que se tenha formulado o pedido de tutela final. A concessão desse instituto, sem oitiva da parte contrária, é excepcional, mas funciona como um mecanismo de distribuição do ônus do tempo do processo, que tem por objetivo evitar que toda a carga resultante de sua duração, recaia sobre um demandante que muito provavelmente tem razão, afinal, seu direito mais do que meramente provável, é evidente (CÂMARA, 2016).

3.7 Questões procedimentais

Tema dos mais interessantes a respeito das tutelas provisórias diz respeito as suas questões procedimentais. O Código de Processo Civil de 2015 trouxe consigo diversos dispositivos legais que regulam a atuação das tutelas provisórias dentro da relação processual, conforme ficará abordado adiante.

Inicialmente, será tratado acerca do procedimento da tutela provisória de urgência antecipada.

Nos termos do artigo 303, caput, do referido Código, quando a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Pode se dizer que, não se trata de uma petição inicial complexa, mas de um requerimento inicial voltado somente à tutela de urgência pretendida, ainda que o §4º do mesmo dispositivo legal exija a indicação do valor da causa, que se deve levar em consideração o pedido de tutela final.

Na hipótese de indeferimento da tutela provisória de urgência antecipada, deverá o Autor, nos termos do §6º do artigo 303 do Código de 2015, emendar a petição inicial, no prazo de cinco dias, sob pena do indeferimento do processo com sua extinção sem resolução de mérito. O prazo de cinco dias pode ser prorrogado pelo juiz visando adequar as necessidades da lide. Na realidade, com o cumprimento do referido prazo de aditamento da petição inicial, o processo converterá do requerimento de tutela antecipada para processo principal.

Destaca-se que, o pronunciamento que indefere a petição inicial de tutela de urgência é impugnável via recurso de Agravo de Instrumento, podendo o agravante obter do relator, a concessão de efeito suspensivo, visando evitar a extinção do processo no primeiro grau de jurisdição.

No caso de deferimento da tutela antecipada, o artigo 303, §1º do Código de Processo Civil de 2015, exige que o Autor adite a petição inicial, complementando sua argumentação, juntando documentos novos se for o caso, bem como confirmando o pedido de tutela final. O prazo para o aditamento será de 15 (quinze) dias, ou outro prazo que o Juiz fixar, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito.

Vale ressaltar que, o aditamento da petição inicial dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais, conforme redação legal do §3º do artigo 303 do Código de 2015.

Assim, concedida à tutela antecipada, o Réu será citado para comparecer em audiência de conciliação e mediação, na forma do artigo 303, §1º, II do Código de 2015. De fato, essa audiência poderá não ocorrer caso o Autor não emende a petição inicial, o que levará o processo a ser extinto sem resolução de mérito, ou se o Réu não insurgir contra a antecipação de tutela, sendo o processo extinto com a estabilização da tutela antecipada.

Em relação ao pedido tutela cautelar requerida em caráter antecedente, o procedimento a ser observado, dependerá do deferimento ou da rejeição desse pedido.

Daniel Amorim Assumpção Neves (2016) ensina que:

Sendo acolhido o pedido e efetivada a medida cautelar, o autor terá o prazo de 30 dias para aditar a petição inicial elaborando seu pedido principal, sendo adotado a partir desse momento o procedimento comum. No caso de rejeição do pedido, entretanto, a conversão do processo cautelar em processo principal é uma mera faculdade do Autor, e justamente para a possibilidade de o Autor continuar com sua pretensão cautelar o Novo Código de Processo Civil prevê um procedimento cautelar. (NEVES, 2016, p. 473)

Nesse sentido, nos termos do artigo 305, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, a petição inicial da ação que visa à prestação da tutela cautelar de forma antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se visa assegurar e o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional.

Assim deverá ser indicado o objeto da ação principal, que permitira o Juiz analisar se a cautelar efetivamente cumpre seu objetivo de acautelamento. Além disso, no mérito do pedido cautelar, será indicado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Ocorre que, na petição inicial do processo cautelar, a observância do valor da causa, não necessariamente deverá haver uma vinculação com o pedido principal. O bem

da vida que se pretende obter com a tutela cautelar é a garantia de eficácia do resultado final do processo, não se confundindo com eventual bem da vida que será objeto de pretensão no processo principal.

A distinção de valor da causa no processo cautelar e principal é reconhecida, inclusive, pelo Supremo Tribunal de Justiça.

Por outro lado, cumpre destacar o procedimento da tutela de evidência. A jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais defende que:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA - TUTELA DE EVIDÊNCIA - PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 311, IV DO CPC - DOCUMENTOS QUE COMPROVAM O DIREITO DA PARTE AUTORA - REVOGAÇÃO DA LIMINAR - IMPOSSIBILIDADE.

A tutela de evidência prevista no art. 311, IV, do NCPC, pode ser concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, dentre outras possibilidades, quando a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. (TJMG. Agravo de Instrumento-Cv 11.0145.14.032164-0/001, Des.(a) Marco Aurelio Ferenzini, D.J.U. 21/10/2016) (grifo nosso).

Conforme já devidamente analisado, o tutela de evidência é prevista no artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015. Dessa forma, quando pleiteada na forma antecedente, será abordada como tópico dentro da petição inicial. Após esse momento, poderá ser pedida por meio de simples petição nos autos. Somente em casos de extrema urgência, a tutela de evidência pode ser pleiteada em caráter antecedente, nos termos do paragrafo único do mesmo dispositivo legal.

Ainda que o Juiz possa, antes de decidir, intimar a parte adversa para se manifestar sobre o pedido da tutela de evidência pode ser a qualquer momento, concedida mediante contraditório diferido, nos termos do artigo 9º, paragrafo único, II, do Código de 2015.

Assim, dado o altíssimo grau de certeza quanto ao procedimento deduzido, nos casos dos incisos II e III e artigo 311 do referido Código, pode haver uma antecipação da tutela em caráter liminar. Dada hipótese do inciso IV, entretanto, sugere que a ocasião do deferimento de tutela da evidência se dê após a contestação oferecida pelo Réu. (NERY JUNIOR; NERY, 2016)

Além disso, observa-se que a medida da tutela de evidência será sempre provisória, não podendo ser confundida com o julgamento antecipado do mérito.

Enfim, para conclusão de tudo o que foi trabalhado e analisado acerca dos procedimentos das tutelas provisórias de urgência, a peculiaridade do caso concreto ditará as regras a serem observadas em termos de aplicabilidade processual, assim, dependerá do instituto a ser utilizado para alcançar o resultado útil do pedido do demandante.

4 CONCLUSÃO

Em suma, a partir dos estudos realizados, notadamente, depois de uma pesquisa acerca das tutelas provisórias de urgência no Código de Processo Civil de 2015 e sua interface com a Constituição Federal, partimos do seguinte pressuposto: as tutelas provisórias são uma técnica, mas igualmente é uma ciência processual já sedimentada.

De fato, quando a Constituição Federal garante a todos o acesso a Justiça, visa-se assegurar aos titulares do direito ameaçado ou lesado a chamada tutela jurisdicional. Dessa forma, as tutelas provisórias de urgência, são mecanismos instrumentais do processo, que visam amparar, ainda que provisoriamente, situações jurídicas para garantir a efetividade do direito e o resultado útil do processo.

Não obstante o entendimento pacificado acerca das tutelas provisórias serem proferidas mediante cognição sumária, estas também podem ser concedidas mediante cognição exauriente. Ocorre que, seu principal objetivo é afastar o direito material envolvido em crise de efetividade, logo, afastar os prejuízos de uma eventual demora processual. Como profundamente abordado no desenvolvimento desse trabalho, estando preenchidos no caso concreto os requisitos legais, o juiz é obrigado a conceder a tutela provisória, bem como a qualquer momento modifica-la ou revoga-la, motivando o seu convencimento.

Destarte, como muito bem ponderado pela doutrina, o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, garante a prestação jurisdicional, ainda que o provimento judicial seja favorável ou não as partes da relação processual. Nesse sentido, as tutelas provisórias de urgência são caracterizadas como técnicas de sumarização, para que seja concedida ao merecedor, a tutela da Justiça. Ademais, ressalta-se que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma nova abordagem dentro das tutelas de urgência, em relação à legislação processual anterior, visando justamente conceder efetividade e afastar o risco do direito material perecer.

Assim sendo, diante do exposto, o que se deduz é que a garantia fundamental descrita no Art. 5º, XXXV, da Carta Magna, consagrada pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição é uma tutela estatal e as tutelas de urgência previstas na legislação processual são uma técnica de que serve o Poder Judiciário para garantir, nas mais variadas relações processuais de litígio, a tutela adequada ao caso concreto de acordo com o preenchimento dos requisitos legais, para ditar qual espécie de tutela provisória poderá ser concedida ao demandante. Isto porque, importante ressaltar, mais uma vez, que a concessão da tutela de urgência afasta o risco de prejuízos que podem ser acarretados diante da duração do processo ou da espera pela composição do conflito, dando por fim, aplicabilidade prática ao referido princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada:** tutelas de urgência (tentativa de sistematização). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 1973.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Tutela de evidência no Projeto do Novo CPC: uma análise dos seus pressupostos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil, v.1**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento-Cv 1.0309.16.001306-1/001**, Des.(a) Claret de Moraes, D.J.U. 21/10/2016. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=8&totalLinhas=114&paginaNumero=8&linhasPorPagina=1&palavras=tutela%20provisoria%20urgencia%20antecipada&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 25 out. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento. 1.0035.15.017371-0/001**. Relator(a): Des.(a) José Augusto Lourenço dos Santos. Data de Julgamento: 05/10/2016. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=7&totalLinhas=50&paginaNumero=7&linhasPorPagina=1&palavras=tutela%20provisoria%20urgencia%20cautelar&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento. 11.0145.14.032164-0/001**. Relator(a): Des.(a) Marco Aurelio Ferenzini, Data de Julgamento 13/10/2016. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=5&totalLinhas=1108&paginaNumero=5&linhasPorPagina=1&palavras=tutela%20evidencia&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. (Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebmann, v. 21).

NERY JUNIOR, Nelson. Rosa Maria de Andrade Nery. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, v.1: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e processo comum**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.